

TeLex Anie

NOVITÀ LEGISLATIVE E GIURISPRUDENZIALI



Segnalazioni giuridiche a cura
del Servizio Centrale Legale

N. 10 Anno XXIV
Ottobre 2019

INDICE:

APPALTI PUBBLICI

Corte di Giustizia – Sentenza 26 settembre 2016 “Osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell’appalto che l’offerente è autorizzato a subappaltare a terzi”, a cura *del Servizio Centrale Appalti ANIE* - p. 2

CONTRATTUALISTICA

Reintegrazione e irrilevanza disciplinare del fatto contestato: d’ora in poi sarà più semplice ottenere la reintegra da parte del lavoratore? La Corte di Cassazione chiarisce ulteriormente il proprio orientamento, di *Domenica Cotroneo* - p. 3

PRIVACY

Trattamento di categorie particolari di dati nell’ambito dei rapporti di lavoro, di *Eleonora Lenzi* – p. 5

CORTE DI GIUSTIZIA – SENTENZA 26 SETTEMBRE 2016

“OSTA A UNA NORMATIVA NAZIONALE, COME QUELLA DI CUI TRATTASI NEL PROCEDIMENTO PRINCIPALE, CHE LIMITA AL 30% LA PARTE DELL’APPALTO CHE L’OFFERENTE È AUTORIZZATO A SUBAPPALTARE A TERZI”

La Corte di Giustizia europea, con la sentenza del 26 settembre 2019 relativa alla causa C-63/18, cassa la normativa italiana in tema di subappalto nella parte relativa al limite percentuale per il ricorso allo stesso. La questione pregiudiziale è stata posta dal TAR Lombardia che ha sollecitato la Corte di Giustizia al fine di valutare la conformità del limite del subappalto (previsto all’art. 105 del Codice) con i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli 49 e 56 TFUE nonché con l’articolo 71 della Direttiva 2014/24/UE che non prevede alcuna limitazione per il ricorso al subappalto.

Secondo il TAR Lombardia la previsione di un limite generale del 30% per il subappalto, con riferimento all’importo complessivo del contratto, può rendere più difficoltoso l’accesso al mercato degli appalti pubblici alle imprese, specialmente se di piccole e medie dimensioni.

Pronunciandosi sulla questione pregiudiziale la Corte di Giustizia ha chiarito che, in linea con costante giurisprudenza nonché con il considerando 78 della direttiva 2014/24/UE, è interesse dell’Unione che l’apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile ed è pacifico che il ricorso all’istituto del subappalto contribuisce al perseguimento di tale obiettivo.

Infatti la disciplina europea contenuta nelle direttive del 2014 (art. 71 – Dir. 2014/24/UE) – in linea peraltro con le direttive del 2004 – pur se concede agli Stati membri di prevedere controlli più “invasivi” sugli offerenti rispetto al passato, non può essere interpretata nel senso di consentire “che gli stati membri dispongano della facoltà di limitare tale ricorso (al subappalto) a una parte dell’appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso”.

La sentenza chiarisce altresì che non possono essere ritenute accettabili le giustificazioni addotte dal Governo italiano (in risposta alla lettera di messa in mora) secondo cui l’apposizione di un limite nel nostro ordinamento è indispensabile per contrastare il

fenomeno dell’infiltrazione mafiosa, risultando inefficaci a questi fini i controlli sui partecipanti.

La Corte di Giustizia sostiene al contrario che un utilizzo corretto dei controlli, già previsti nel Codice, sarebbe più che sufficiente per contrastare tale fenomeno. Si legge: “il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l’accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese”.

Nonostante la sentenza prenda a riferimento la normativa ante Sblocca-cantieri (il limite era del 30%), dal tenore della pronuncia si evince che neppure l’innalzamento del limite al 40% (misura peraltro temporanea) possa in qualche modo risolvere il contrasto normativo: “Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo”.

La sentenza della Corte di Giustizia fissa in modo inequivocabile il principio sancito nelle direttive europee e conseguentemente evidenzia in modo chiaro il disallineamento della normativa italiana.

La sentenza della Corte di Giustizia – in assenza di chiarimenti da parte del Ministero o dello stesso Legislatore – rischia di generare criticità operative infatti, come noto, le pronunce interpretative di questa Corte hanno operatività immediata negli ordinamenti interni con la conseguenza pratica che gli operatori di settore, per prime le stazioni appaltanti, sarebbero tecnicamente tenuti a disapplicare la normativa.

Servizio Centrale Appalti ANIE

REINTEGRAZIONE E IRRILEVANZA DISCIPLINARE DEL FATTO CONTESTATO: D'ORA IN POI SARÀ PIÙ SEMPLICE OTTENERE LA REINTEGRA DA PARTE DEL LAVORATORE? LA CORTE DI CASSAZIONE CHIARISCE ULTERIORMENTE IL PROPRIO ORIENTAMENTO

Con sentenza dell'8 maggio scorso, la n. 12174 la Corte di Cassazione torna ad occuparsi di un principio cardine (quanto ovvio) in materia di effetti del licenziamento ingiustificato, vale a dire quello secondo il quale l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore determina il diritto alla reintegra nel posto di lavoro.

Prima di affrontare la vicenda riteniamo opportuno chiarire il perimetro giuridico in cui la stessa va inquadrata.

A far data dal 2012, a seguito dell'entrata in vigore della c. d. riforma Fornero del 2012, è stata introdotta la regola generale secondo cui la reintegrazione nel posto di lavoro può e deve essere disposta dal giudice soltanto quando l'invalidità del licenziamento dipenda dall'accertamento di alcune specifiche ipotesi concrete: la discriminazione razziale o religiosa, la rappresaglia antisindacale, il fatto che la lavoratrice licenziata fosse incinta o puerpera, e così via.

In assenza delle predette circostanze, se l'invalidità del licenziamento è conseguenza della valutazione discrezionale del giudice in merito alla gravità del motivo economico o disciplinare addotto dal datore di lavoro, la sanzione applicabile non potrà essere la reintegrazione nel posto di lavoro ma un indennizzo, entro un minimo e un massimo stabilito dalla legge.

Dal punto di vista logico giuridico, già durante la vigenza della riforma Fornero, la reintegrazione era intesa quale naturale conseguenza anche dell'ipotesi in cui il fatto contestato dall'impresa al lavoratore come infrazione disciplinare non fosse mai accaduto. In questa ipotesi, infatti, il giudice non è chiamato a valutare, discrezionalmente, la gravità della contestazione avanzata al lavoratore, ma ad accertare il verificarsi di un abuso del potere disciplinare quale, appunto, la contestazione di fatti inesistenti come scusa per licenziare.

La reazione della giurisprudenza al predetto principio è stata, negli anni, contraddittoria: non mancano, in particolare, i casi in cui i giudici del lavoro hanno equiparato all'ipotesi di "inesistenza del fatto contestato" l'ipotesi in cui il fatto contestato sia

effettivamente accaduto, ma risulti (a parere del giudice) poco rilevante sul piano disciplinare.

In un panorama così incerto non è mancata la reazione del legislatore che, con l'art. 3 del decreto n. 23/2015, così detto Jobs Act, all'espressione "insussistenza del fatto" ha aggiunto l'aggettivo "materiale".

E, pertanto, ha chiarito che, perché si applichi la reintegrazione occorre proprio che il fatto contestato non sia "materialmente" accaduto.

Con la [sentenza n. 12174 del 08.05.2019](#), la Cassazione sembrerebbe aver fatto un passo indietro, affermando che, anche ai sensi del *Jobs Act*, l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore - che comporta la reintegrazione dello stesso nel posto di lavoro - comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare. Nel caso di specie, una lavoratrice, licenziata nel settembre 2015 per essersi allontanata dal posto di lavoro, dopo aver impugnato giudizialmente il licenziamento, sia in primo che in secondo grado, aveva ottenuto esclusivamente la tutela indennitaria.

La Cassazione, adita dalla lavoratrice, ha invece ribaltato il verdetto.

In particolare, la Suprema Corte richiama in materia il D. Lgs. 23/2015 di cui *infra* mettendolo a confronto con il principio contenuto nel comma 4 dell'art. 18 della l. 300/1970, ed evidenziando come nel *Jobs Act* la reintegrazione è collegata all'insussistenza del «fatto materiale contestato», mentre nello Statuto dei Lavoratori è connessa all'insussistenza del «fatto contestato».

Secondo i Giudici di legittimità, nonostante la modifica del 2015 che ha comportato l'aggiunta dell'aggettivo materiale, non è possibile ritenere che il legislatore del 2015 abbia inteso negare la tutela reintegratoria in presenza di un fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione.

È ancora presto per ipotizzare l'impatto di questa pronuncia sulla futura giurisprudenza di merito prima ancora che di legittimità, risulta però innegabile l'importanza della pronuncia in commento, che chiosa richiamando un proprio precedente, ed individuando il principio giuridico alla luce del quale valutare

l'applicabilità o meno della tutela reintegratoria:

"quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato", abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione" (in termini, ab imo, Cass. n. 20540 del 2015), induce il convincimento, sia pure in presenza di un dato normativo, parzialmente mutato, che la irrilevanza

giuridica del fatto, pur materialmente verificatosi, determina la sua insussistenza anche ai fini e per gli effetti previsti dal D.Lgs. n. 23 del 2015, art. 3, comma 2. Invero al fatto accaduto ma disciplinarmente del tutto irrilevante non può logicamente riservarsi un trattamento sanzionatorio diverso da quello previsto per le ipotesi in cui il fatto non sia stato commesso”.

*Avv. Domenica Cotroneo
Cocuzza & Associati, Studio Legale*

TRATTAMENTO DI CATEGORIE PARTICOLARI DI DATI NELL'AMBITO DEI RAPPORTI DI LAVORO

Provvedimento recante le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati, ai sensi dell'art. 21, comma 1 del D.Lgs. 101/2018 (GU 176 del 29/7/2019) – autorizzazione n. 1

Lo scorso giugno il Garante per la protezione dei dati personali ha adottato, dopo averle sottoposte a consultazione pubblica, le prescrizioni relative al trattamento di categorie particolari di dati.

Di sicuro interesse, tenuto conto dell'ampio spettro di soggetti interessati, sono le "Prescrizioni relative al trattamento di categorie personali di dati nei rapporti di lavoro", che si applicano a **tutti coloro che a vario titolo, in qualità di Titolari o Responsabili del trattamento, effettuano trattamenti di dati personali per finalità di instaurazione, gestione ed estinzione del rapporto di lavoro** ed in particolare a:

1. agenzie di lavoro o altri soggetti che svolgono attività di intermediazione, ricerca, selezione del personale o supporto alla ricollocazione professionale;
2. persone fisiche o giuridiche (compresi enti, associazioni, organismi) parti di un rapporto di lavoro o che utilizzano prestazioni lavorative con qualsiasi forma (atipiche, parziali, temporanee) o conferiscono un incarico professionale;
3. organismi paritetici o che gestiscono osservatori in materia di lavoro;
4. rappresentanti per la sicurezza;
5. consulenti del lavoro ed in generale quei soggetti che curano gli adempimenti legati al rapporto di lavoro dipendente o autonomo;
6. associazioni o organizzazioni rappresentative di categorie di datori di lavoro;
7. medico competente

Delineato l'ambito di applicazione, vediamo quali sono le categorie di interessati cui il provvedimento fa riferimento e le finalità del trattamento ritenute lecite.

CATEGORIE DI INTERESSATI

1. candidati all'instaurazione dei rapporti di lavoro, anche in caso di curricula trasmessi spontaneamente

2. lavoratori subordinati a qualsiasi titolo, praticanti per l'abilitazione professionale, prestatori di lavoro nell'ambito di un contratto di somministrazione, tirocinanti, associati anche in compartecipazione
3. consulenti, liberi professionisti, agenti, rappresentanti, mandatari
4. lavoratori autonomi o che svolgono collaborazioni organizzate dal committente
5. persone fisiche che ricoprono cariche o incarichi nell'ambito delle persone giuridiche, negli enti, nelle associazioni
6. terzi danneggiati nello svolgimento dell'attività lavorativa o professionale
7. familiari o conviventi per il rilascio di agevolazioni e permessi

I dati, ai sensi dell'art. 1.2. del provvedimento, sono acquisiti di regola direttamente presso l'interessato e possono essere trattati, art. 1.3, solo se necessario e per le seguenti finalità:

FINALITÀ DEL TRATTAMENTO

1. per adempiere o esigere l'adempimento di specifici obblighi di legge (comunitaria o nazionale), di regolamento o derivanti da contratti collettivi, in particolare ai fini
 - dell'instaurazione, della gestione e dell'estinzione del rapporto,
 - del riconoscimento di agevolazioni o dell'erogazione di contributi
 - dell'applicazione delle norme in materia previdenziale e assistenziale
 - in materia di igiene e sicurezza del lavoro
 - in materia fiscale e sindacale
2. per la tenuta della contabilità o della corresponsione di stipendi, assegni, premi, liberalità, benefit o altri emolumenti
3. per perseguire la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica dei lavoratori o di terzi
4. per far valere un diritto in sede giudiziaria, amministrativa o nelle procedure di arbitrato o conciliazione, sempre che i dati siano trattati esclusivamente a tali scopi per il tempo strettamente necessario
5. per adempiere a contratti di assicurazione finalizzati alla copertura dei rischi del datore di lavoro
6. per garantire le pari opportunità di lavoro
7. per perseguire gli scopi determinati dalle associazioni rappresentative dei datori di lavoro

Il Garante fornisce inoltre indicazioni relative alle **MODALITÀ DI TRATTAMENTO DEI DATI**, dando quindi prescrizioni precise ai Titolari e ai Responsabili del trattamento sulle misure tecniche ed

organizzative da adottare all'interno della propria organizzazione, stabilendo in particolare che

- i dati sono raccolti di regola presso l'interessato
- per tutte le comunicazioni contenenti categorie particolari di dati devono essere utilizzate forme di comunicazione individualizzate nei confronti dell'interessato, anche tramite personale debitamente autorizzato. Nel caso di trasmissione con documento cartaceo questo dovrà essere consegnato in plico chiuso, salva la necessità di acquisire la prova della ricezione mediante sottoscrizione
- i documenti contenenti categorie particolari di dati trasmessi ad altri uffici o funzioni della medesima organizzazione devono contenere esclusivamente le informazioni necessarie per lo svolgimento dei compiti di detta funzione, senza allegare documentazione integrale o riportarne stralci nel documento trasmesso; inoltre deve essere utilizzata una modalità di trasmissione che garantisca la ricezione ed il trattamento dei dati solo da parte dei soggetti autorizzati
- se per ragioni di organizzazione del lavoro vengono resi noti a soggetti diversi dall'interessato dati relativi a presenze o assenze, NON deve essere esplicitata la causale della presenza o dell'assenza da cui si possano evincere dati particolari.

Infine il Garante dà alcune indicazioni ulteriori relative ai trattamenti di diverse categorie di dati effettuati nella fase preliminare all'assunzione e nel corso del rapporto di lavoro

PRIMA DELL'ASSUNZIONE
Il trattamento deve riguardare le sole informazioni necessarie all'instaurazione del rapporto, tenuto conto delle particolari mansioni e/o delle specificità dei profili professionali richieste; qualora nei curricula siano presenti dati non pertinenti i datori di lavoro devono astenersi dall'utilizzarli.
I dati genetici non possono essere utilizzati per stabilire l'idoneità all'impiego, neppure con il consenso dell'interessato.
Le agenzie per il lavoro e gli altri soggetti che svolgono attività di intermediazione possono trattare dati relativi allo stato di salute, all'originale raziale o etnica dei candidati solo se necessaria per instaurare tale rapporto.

NEL CORSO DEL RAPPORTO DI LAVORO
<p>Il datore di lavoro tratta dati che rivelano convinzioni religiose o filosofiche, l'adesione ad associazioni o organizzazioni solo</p> <ul style="list-style-type: none"> - in caso di fruizione di permessi - per l'erogazione del servizio di mensa - per l'esercizio dell'obiezione di coscienza
<p>Il datore di lavoro tratta dati che rivelano le opinioni politiche o l'appartenenza sindacale solo</p> <ul style="list-style-type: none"> - per la fruizione di permessi o di periodi di aspettativa - per consentire l'esercizio dei diritti sindacali (compresi i dati relativi alle trattenute per il versamento delle quote associative)
<p>In caso di partecipazioni di dipendenti ad operazioni elettorali, il datore di lavoro ai fini del riconoscimento dei benefici di legge, non deve trattare dati che rivelino le opinioni politiche dell'interessato</p>
<p>Il datore di lavoro non può trattare dati genetici per stabilire l'idoneità professionale del dipendente.</p>

Si ricorda in chiusura che il consenso del lavoratore NON è ritenuto idoneo a giustificare il trattamento di sue categorie particolari di dati, in quanto “viziato” dalla posizione di subordinazione nei confronti del datore di lavoro.

*Avv. Eleonora Lenzi
Studio Legale Stefanelli*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Antonietta Portaluri

REDAZIONE

Alessandra Toncelli – Mirella Cignoni – Mattia Ciribifera

LA REDAZIONE RINGRAZIA PER LA COLLABORAZIONE

Avv. Silvia Bortolotti, Dott. Francesco Giay, BBM Partners, Buffa, Bortolotti & Mathis (Torino) - Avv. Domenica Cotroneo, Cocuzza & Associati, Studio Legale (Milano) - Avv. Riccardo Fadiga, Avv. Luca Feltrin, Avv. Roberta Laghi, Freshfields Bruckhaus Deringer (Milano) - Avv. Alessandra di Nunzio, Avv. Eleonora Lenzi, Avv. Andrea Marinelli, Dott. Fabio Marinello, Studio Legale Stefanelli (Bologna).

Proprietario ed editore:
Federazione ANIE
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.1
Direttore Responsabile
Maria Antonietta Portaluri
Registrazione del Tribunale
di Milano al n° 116 del
19/2/1996

TeLex Anie



FEDERAZIONE NAZIONALE
IMPRESE ELETTROTECNICHE
ED ELETTRONICHE



Publicazione a cura di:
Servizio Centrale Legale Viale
Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.246 e-mail
legale@anie.it Diffusione via
web www.anie.it